



論刑法廢除連續犯後於著作權法之論罪模式 —以臺灣臺北地方法院實務評析為中心（上）

胡中瑋*

摘要

民國九十四年二月二日修正通過之中華民國刑法，係我國刑法自民國二十四年制定公布施行以來修正幅度最大的一次。在本次修正案中，影響司法實務、學界最重大、最紛擾者，莫過於刑法第五十六條廢除連續犯之規定。在刑法領域上，關於廢除連續犯規定後應如何適用法律之問題，至今實務、學界見解歧異，尚未形成通說。而相較於刑法實務及學界對於廢除連續犯規定後之如何適用法律之問題探討，在著作權法領域，此議題似乎尚未獲得較多的討論與關注。

在著作權法中，刑罰能否實現保護著作權人權益之目的，達成調和社會公共利益，促進國家文化發展之任務，論罪科刑可謂扮演著決定性的角色。因此，本文將探討連續犯廢止後，在著作權法刑事案件中應如何適用法律來論罪科刑，並以臺灣臺北地方法院違反著作權法之實務見解為中心，觀察我國法院在著作權案件中，對於連續犯廢除後應該如何適用法律，進而提出本文看法與建議，期對於相關問題於著作權法學理上未來發展有所裨益。

收稿日：98年2月4日

* 作者現為北辰著作權事務所律師、國立清華大學科技法律研究所碩士。感謝審查委員細心閱讀與寶貴意見，使本文於結構及內涵上更加完善。惟文中如有任何疏誤之處，當由作者自行負責。此外，特別感謝本文於初稿時，蕭雄淋律師與國立臺北大學法學系博士班楊敏玲律師提供之寶貴意見。



壹、前言

民國九十四年二月二日修正通過之中華民國刑法（下稱刑法），係我國刑法自民國二十四年制定公布施行以來修正幅度最大的一次。在本次修正案中，影響司法實務、學界最重大、最紛擾者，莫過於刑法第五十六條廢除連續犯之規定。連續犯原是刑事法競合理論¹體系中最重要的部分，此次廢除連續犯之立法理由乃著眼於「實務上對連續犯之認定過於寬鬆」、「外國立法例均無連續犯之規定」及「可參考德、日等國之經驗發展出接續犯或包括一罪之概念」²。上開修正之刑法，雖已於刑法施行法第十條之一明定自民國九十五年七月一日施行，預留一年的緩衝期，以便實務及學界有充裕的時間因應連續犯廢除所帶來的衝擊。然而實務、學界對於廢除連續犯規定後之如何適用法律之問題，至今見解歧異，尚未形成通說。有主張應適用「集合犯」之概念處理，認為集合犯之多數行為，具有「反覆實施之意圖」主觀要素，而連結成法律上之一行為³；亦有主張適用「接續犯」⁴或「包括一罪」⁵之概念處理；更有主張回歸「

¹ 針對犯罪行為事實，探討此種犯罪個數之判斷標準，以及一罪或數罪之法律效果應如何處斷之知識領域，在日本通說稱為「罪數論」；在德國，則稱為「競合論」，請見靳宗立，刑法實例解析—罪數之判斷與科刑處斷，輔仁法學第28期，2004.12，頁317-318。

² 參見中華民國刑法刪除第五十六條之立法理由第二點、第三點及第四點。

³ 高金桂，連續犯廢除之後的刑法適用問題，收錄於蔡碧玉等合著，連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題，台灣刑事法學會出版，2003.11，頁189。

⁴ 陳仟萬，立法上刪除連續犯規定後對施用毒品罪之論罪，刑事法雜誌，第四十九卷第五期，2005.10，頁28-29。

⁵ 部分實務見解，大都認為接續犯、集合犯是「包括一罪」概念內涵之一，構成接續犯或集合犯，即是構成「包括一罪」。請見最高法院86年臺上字第3295號刑事判例、臺北地方法院96年度簡字第3032號刑事判決、臺北地方法院97年度易緝字第107號刑事判決。



數罪併罰」⁶之概念來解決上述問題，相關論文、文章汗牛充棟，討論未曾稍歇。

在著作權法中，刑罰能否實現保護著作權人權益之目的，達成調和社會公共利益，促進國家文化發展之任務，論罪科刑可謂扮演著決定性的角色。然而，相較於刑法實務及學界對於廢除連續犯規定後之如何適用法律之問題探討，在著作權法領域，此議題似乎還沒有獲得較多的討論與關注。諸如著作權法過去實務認定行為人連續意圖銷售而擅自以重製於光碟之方法侵害他人之著作財產權，或連續擅自以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權，在刑法廢除連續犯規定後，究竟應適用「集合犯」之概念處理？亦或是「接續犯」之概念處理？還是依「包括一罪」之概念來解決上述問題？彼此間之概念應如何清楚界定？殊值探究。

本文茲試舉下列四種情形為例，藉資探索在著作權法中，廢除連續犯規定後，究竟應如何論處：

其一，甲因公司受到經濟不景氣的影響，慘遭公司裁員，甲四處謀職碰壁下，為謀生計，而私自從好友家裡拿「海角七號」的盜版 DVD，並利用晚上時間在住家附近的夜市設攤販賣。不料，才剛擺攤販賣沒幾個月，就被警察查獲，試問甲之行為如何論處？

其二，承上例，若甲自行計劃燒錄二十片「海角七號」DVD，再去夜市設攤販賣，當甲一次燒錄二十片 DVD 後，尚未販賣即被警察查獲，試問甲之行為如何論處？

⁶ 劉邦繡，連續犯廢除後連續數行為論罪模式（二），法務通訊，第二三一九期，2006.12.14，第三版。



其三，又甲一天燒錄一片「海角七號」DVD，計劃二十天燒錄二十片「海角七號」DVD後，再去夜市設攤販賣，然甲於第15天，即被警察查獲，試問甲之行為如何論處？

其四，若甲在夜市設攤販賣「海角七號」盜版DVD，賺了大錢，嚐到甜頭，食髓知味，回家又去好友家裡看看有無好貨，竟發現好友抽屜暗藏「海角八號」盜版DVD，於是甲見獵心喜，將「海角八號」盜版DVD拿到夜市設攤販賣，沒想到顧客不捧場，生意冷到不行，又被警察查獲，試問甲之行為如何論處？

以上四個案例之爭點，其一是甲擺攤販賣沒幾個月，就被警察查獲，在刑法廢除連續犯後，甲之行為如何論處？其二是甲一次燒錄二十片DVD後，即被警察查獲，甲之行為是否屬於單一行為？抑或是多數行為？其三是甲非一次燒錄二十片DVD，而是計劃二十天燒錄二十片DVD，一天燒錄一片，此種行為論處模式與第二個案例是否有無差異？其四是甲另行起意拿盜版DVD販賣，甲之行為又應該如何論處？凡此爭點，在在均涉及行為人的主觀犯意與行為數認定，以及刑法廢除連續犯後，行為人之行為應如何論處之問題。

本文以下將先粗略探討連續犯廢除之立法理由，對於連續犯廢除後之所以會產生適用法律之諸多疑義，乃在於實務及學說間對於「行為單數」或「行為複數」之理解有極大差異。在釐清連續犯之相似概念「接續犯」、「集合犯」和「包括一罪」意義，及其與連續犯之間關係之前，由於「連續犯」、「接續犯」、「集合犯」和「包括一罪」之判定，與「行為單數」或「行為複數」問題，有重大之關係，故本文首先將處理「行為單數」或「行為複數」問題，次將依



序討論連續犯之成立要件、「連續犯」與「接續犯」、「集合犯」及「包括一罪」之差別、連續犯廢止後如何論罪科刑、藉由相關刑法實務及學說討論，增進對「連續犯」架構之瞭解，並以臺灣臺北地方法院違反著作權法實務裁判見解為中心，觀察我國法院在著作權案件中，對於連續犯廢除後應該如何適用法律，進而提出本文看法與建議，期對於相關問題於著作權法學理上未來發展有所裨益。

最後，關於刑事訴訟法上案件同一性、單一性觀念，雖與刑法之競合理論相互牽連，然囿於篇幅，本文研究尚不論及刑事訴訟法之程序部分，合先敘明。

貳、連續犯廢除之立法理由之探討

一、民國九十四年二月二日立法者廢除刑法第五十六條連續犯之立法理由主要可分為三點：

（一）實務上對連續犯之認定過於寬鬆：

立法理由謂：「按連續犯在本質上究為一罪或數罪，學說上迭有爭議，一般均認為連續犯在本質上應屬數罪，僅係基於訴訟經濟或責任吸收原則之考量，而論以一罪，故本法承認連續犯之概念，並規定得加重其刑至二分之一。然本法規定連續犯以來，實務上之見解對於本條『同一罪名』之認定過寬，所謂『概括犯意』，經常可連綿數年之久，且在採證上多趨於寬鬆，每每在起訴之後，最後事實審判決之前，對繼續犯同一罪名之罪者，均適用連續犯之規定論處，不無鼓勵犯罪之嫌，亦使國家刑罰權之行使發生不合理之現象。因此，基於連續犯原為數罪之本質及刑罰公平原則之考量，其修正既難以週延，爰刪除本條有關連續犯之規定。」



（二）外國立法例均無連續犯之規定：

「從立法例而言，連續犯係大陸法系之產物，英美刑法並不承認連續犯之概念，德國刑法自一八七一年以後、日本自昭和二十二年（一九四七年）以後，均將連續犯之規定予以刪除，其餘大陸法系國家如瑞士、奧地利、法國等均無連續犯之明文，惟在實務上則視具體情形，或認係一罪，或認係數罪併罰。故有必要參考上開外國立法例，刪除有關連續犯之規定。」

（三）可參考德、日等國之經驗發展出接續犯或包括一罪之概念：

「至連續犯之規定廢除後，對於部分習慣犯，例如竊盜、吸毒等犯罪，是否會因適用數罪併罰而使刑罰過重產生不合理之現象一節，在實務運用上應可參考德、日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎『接續犯』或『包括的一罪』之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍，用以解決上述問題。」

二、對於連續犯廢除理由之質疑

按立法理由對於廢除連續犯後，因適用數罪併罰而使刑罰過重產生不合理之現象一節，可參考德、日等國之經驗發展出「接續犯」或「包括一罪」之概念云云。「接續犯」或「包括一罪」學說皆認為係屬行為單數之犯罪類型。而廢除連續犯之規定，在法制上之意義，係將過去連續犯以一罪論之單一評價關係加以關閉，使原本各自獨立之行為事實，回歸到數罪之處理結構。學說上一般均認為連續犯係屬於行為複數之犯罪類型，原則上應賦予行為複數之犯罪評價，此一本質，不會因為法律變更，而使行為複數變成行為單數



。亦即，連續犯之連續數行為之事實，不會因為廢除連續犯之法律規定，而使「連續行為」的本質，轉化成為「接續犯」或「包括一罪」，連續犯刪除後，就其實質，仍屬於「數個可獨立評價之行為」。因此，立法者在廢除刑法第五十六條連續犯之立法理由所提及，如連續犯廢除後，因適用數罪併罰而使刑罰過重產生不合理之現象，可參考德、日等國之經驗發展出「接續犯」或「包括一罪」之概念，用單一行為之模式加以解決，在邏輯推演及行為概念之認知上，顯然係嚴重之誤解，無庸繁言⁷。

參、行為單數與行為複數

學界對於廢除連續犯規定後之如何適用法律之問題，至今見解歧異，而各說分歧之主要原因，乃在於實務與學界對「行為單數」及「行為複數」之理解定義不同所致。「行為單數」及「行為複數」之判斷，是競合理論中個別型態成立的前提要件，人類在社會活動之行為舉止，本具有多樣性之特性，對於一定現象何時可以視為「行為單數」？何時又應視為「行為複數」？最高法院未曾提出任何標準，學者間見解亦未一致。關於「行為單數」及「行為複數」之判斷，刑法文獻上皆將討論之重點置於「行為單數」之認定，蓋因，「行為單數」之判斷基準若能確立，則「行為複數」之判斷，不喻自明⁸。

⁷ 黃翰義，從法律變更之本質論連續犯廢除後數罪併罰概念之回歸—兼評實務上以集合犯取代連續犯之危機，法官協會雜誌，第八卷第二期，2006.12，頁193。

⁸ 高金柱，接續犯與連續犯之再探討，收錄於刑事法之基礎與界線—洪福增教授紀念專輯，許玉秀主編，學林文化出版，2003.04，頁503。



一、「行為單數」概念主要源自德國，茲將德國對於「行為單數」類型的認知，簡介如下：

（一）單純之行為單數（又可稱為：自然意義之一行為）

行為人出於一個行為決意，而顯現一個意思活動者，在刑法的認定上，始終皆為單一者。至於行為所招致結果的多寡，則非所論，重要決定者，則在於該行為是否僅出於一個意思活動⁹。如行為人以一決意，重製他人攝影著作。此種一行為，係「行為單數」概念中，最基本的型態。

（二）自然之行為單數

以自然之生活觀來加以判斷，認為從外觀上可以分割為整體事件之整個部分行動，若行為人係基於單一意思決定，而且這數個部分行動在時空上又存有緊密關係，從一個未參與其中之第三者站在旁觀者之立場，亦會認為係一個單一行為時，即可認為係行為單數，從而依此標準而判斷之行為單數，即為自然之行為單數¹⁰。例如：行為人以一決意，將他人語文著作，一次影印很多份。

（三）法之行為單數

法之行為單數係指因刑法分則或附屬刑法之不法構成要件之規定，或因刑法理論所提出之概念，而使數個自然之意思活動融合成法律概念之一行為，形成行為單數。這些自然概念之數行為係因為刑法之規定，或判例與理論之創造，而將其視為刑法上之一行為

⁹ 柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（下），元照出版，2006.03，初版第二刷，頁64-65。

¹⁰ 林山田，刑法通論（下冊），作者自版，2001.12，第七版二刷，頁259-260。



。又可細分為¹¹：

1、構成要件之行為單數

數個自然概念上之意思活動，可能因為不法構成要件之規定，而將其視為一個法與社會之評價單元，而形成構成要件之行為單數。這一類型之行為單數，如：刑法第三百二十八條強盜罪構成要件中兼含「使用強暴或脅迫之強制行為」與「取財行為」；又如刑法第三百四十七條擄人勒贖罪構成要件中兼含「擄人行為」與「勒贖行為」。此等因不法構成要件兼含數個行為之複行為犯，在法概念上視為行為單數。其他如結合犯或繼續犯，學說亦認為係屬構成要件之行為單數。

2、連續行為

連續行為係將自然之觀察均屬獨立之一系列行為，在刑法評價上當作一個行為，而形成法意義上之行為單數。透過連續行為之概念，論以一罪，以限制實現相同構成要件之一連串行為適用數罪併罰之不當。

二、小結

犯罪行為係行為人主觀犯意及客觀行為的展現，因此在判斷犯罪行為數，當然也要從行為人之主觀面及客觀面來觀察，所以在判斷行為人之犯罪行為係一行為或數行為，自然應從行為人之主觀面及客觀面來認定¹²。「自然之行為單數」之所以認定係一行為，乃係

¹¹ 林山田，同上註，頁 261-262。

¹² 董武全，刑法廢除連續犯後，有關行為罪數之適用—以施用毒品為例，法官協會雜誌，第八卷第二期，2006.12，頁 83。



行為人主觀上單一意思決定之故，換言之，其實質上始終以行為人主觀上意思決定之單一為中心。據此，客觀上之一個行為舉止，由於其必然係出於主觀上單一意思決定，所以係屬「行為單數」；惟客觀上之複數行為舉止，倘其係出於主觀上單一之意思決定者，其亦應屬「行為單數」。然而，事實上因為行為人主觀心態探知困難，客觀上之複數行為舉止，是否屬於「自然之行為單數」，認定上致生疑義。德國實務上僅能以所謂「自然的考量方式」來詮釋，此種以「自然的考量方式」來確認行為人主觀與客觀一致性的見解，遭致不少非議¹³。

而「法之行為單數」以法規範評價來認定行為是否單一，然而此種源自於構成要件解釋的行為單數概念，是否能滿足競合理論之要求，恐怕頗值得思考。學者柯耀程教授質疑一個構成要件的單數行為，如何能同時構成數個構成要件？且數個被實現之構成要件，既然同時存在，則又如何得知行為究竟為何種構成要件之單數行為？從構成要件的解釋反推認定行為之單數，則係將規範適用置於「存在」之前，在邏輯思維上，已經是本末倒置，此種論點難具有說服力¹⁴。又連續犯依我國刑法修正前第五十六條規定：「**連續數行為**而犯同一罪名者……」顯然在我國連續犯本質上係屬**行為複數**，而非行為單數。若將德國「法之行為單數」理論套用在我國連續犯，視其為法律上之行為單一，似欠妥當。

¹³ 柯耀程，變動的刑法思想，元照出版，2001.09，修訂二版，頁376。

¹⁴ 柯耀程教授認為論罪科刑之邏輯順序，應先有犯罪行為「存在」，而後依法規範來評價該犯罪行為，而非先依法規範評價來反推認定行為之單數。更多批評，請見柯耀程，同上註，頁382-394。



多數行為理應多次犯罪評價，才符合充分評價原則¹⁵及刑罰公平原則，達到刑法保護法益之目的。是故，把多數行為解釋為單純一罪，在解釋上必須非常嚴謹。本文肯認判斷行為人之犯罪行為係一行為或數行為，應從行為人之主觀面及客觀面來認定。然對於行為人主觀心態狀態本即存有認定之困難，唯一得勉強認定之依憑者，無非係行為人主觀意思之實現而於客觀上所顯現之身體舉止，此係不得不然之作法。上述德國「行為單數」類型體系並非是一個可以截然區分之標準¹⁶，因在具體案件中，由於行為單複數的認定不同，可能會造成同種類型彼此相互間的流動，也間接造成形式程序處理上之麻煩，上述體系，於同一具體案例，於不同法官處理可能會出現不同的認定¹⁷，例如：行為人長時間非法公開傳輸他人所有音樂著作，此到底是幾個行為，可能因法官不同，而在上述體系間相互流動，也因此，在連續犯刪除後，不代表此類案件將全以數罪併罰處理。

由於「行為單數」、「行為複數」有上述區分之困難，本文認為大致上在解釋客觀上數個行為，究竟是「行為單數」或是「行為複數」，可藉由行為人客觀上多數行為過程中間有無「犯罪情緒脫離」¹⁸之階段出現來作為判斷基準之一。若行為人全部行為過程中間

¹⁵ 「充分評價原則」意指對於不法評價不足之禁止。請見楊一帆，法條競合與想像競合之間，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，2004.06，頁 51。

¹⁶ 許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為概念，臺灣本土法學，第四十六期，2003.05，頁 86-91。

¹⁷ 吳景欽，連續犯牽連犯刪除後於刑事程序上之影響，法令月刊，第五十六卷第六期，2005.06，頁 15-16。

¹⁸ 此概念之啟發，源自黃榮堅教授區分單純一罪與數罪之判斷標準。請見黃榮堅，論連續犯之廢除—參考德國法制上連續關係概念之處理，收錄於蔡碧玉等合著，連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題，台灣刑事法學會出版，2003.11，頁 93-102。



有「犯罪情緒脫離」之階段出現，後續行為即非出於起初決意之決定，即為「行為複數」。此種判斷基準在區分「單純一罪」與「數罪」或許可行，但關於「連續犯」與「集合犯」、「接續犯」及「包括一罪」等案例中，是否得以具體操作藉以區分彼此之不同點，殊值探究。

肆、「連續犯」與「接續犯」、「集合犯」及「包括一罪」之間關係

本文以下將先粗略介紹連續犯之成立要件，並進而對連續犯之相似概念「接續犯」、「集合犯」及「包括一罪」意義，及其與連續犯之間關係加以介紹，以期透過對「連續犯」、「接續犯」、「集合犯」及「包括一罪」概念之瞭解，尋求在連續犯廢止後，我國所應採取之符合著作權法規範目的之論罪基準。

一、連續犯

（一）連續犯之成立要件

一連串之多數行為必須具備何要件，始能成立連續犯，探討如下：

1、主觀要件

（1）整體故意

學說認為行為人主觀上必須具備「整體故意」，才有可能構成連續犯。亦即行為人必須在第一個時間單一行為結束之前，即對於導致整個犯罪結果之個別行為之時間、地點、違犯方式以及被害人等均有所認識，並且進而決意經由數個同樣之單一行為，一個接一



個地實現犯罪目的，始具有整體故意¹⁹。例如：行為人計劃一個禮拜內對於唱片公司出版最新熱門音樂著作進行非法重製，及構成重製罪之連續犯。

（2）概括故意

實務則認為行為人主觀上必須具備「概括故意」，才有可能構成連續犯。亦即行為人之多次犯罪行為，須自始均在一個預定犯罪計畫內，出於主觀上始終同一犯意之進行，始為出於概括犯意²⁰。其與上述學說「整體故意」不同之處，在於行為人之多次犯罪行為，在實施第一個行為之前，即出於同一犯意，且始終為同一犯意之進行者，始足當之。倘於多次犯罪行為中，於第一個行為終了前，而生實施另一個行為之意思，均不在概括犯意範圍之內²¹。

2、客觀要件

（1）多數行為

一連串具有連續關係之行為必須是個別可以獨立評價之多數行為，始有可能成立連續犯²²。連續犯之數個行為，必然是行為複數，本可各別獨立成罪，但由於立法上之決定，將其評價為一罪，卻不宜將其理解為法律意義上之一行為。學說亦認為其為立法上之「擬制的一罪」，其作用則在於限制實質競合（即數罪併罰）的適

¹⁹ 林山田，同前註 10，頁 328。

²⁰ 最高法院 70 年台上字第 6296 號刑事判例。

²¹ 甘添貴，我國連續犯之沿革暨目前連續犯之存廢檢討，收錄於蔡碧玉等合著，連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題，台灣刑事法學會出版，2003.11，頁 48。

²² 林山田，同前註 10，頁 324。



用範圍²³。

（2）違反方式之同類性

行為人所實施之數個犯罪行為，必須具有「同類性之行為」。何謂同類性之行為，實與何謂「同一罪名」相關聯。原則上，數個犯罪行為，是否為同類性之行為，應以「基本構成犯罪事實」，作為判斷標準。如其基本構成犯罪行為相同者，即為同類性之行為²⁴。例如：連續重製他人語文著作與連續公開上映他人視聽著作，即非屬同類性之行為。學說另有認為該「同類性之行為」須具備「時空密接性」²⁵。惟實務不需具備「時空密接性」要件，認為依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，仍可成立連續犯²⁶。

（3）破壞法益之同類性？

行為人一連串之多數行為必須破壞相同法益，行為人所實施之數個行為，可能僅侵害同一法益。例如：以一個概括犯意，對同一個作者每隔三天，重製其語文著作之情形；也有可能係侵害數個法益，例如：以一個概括犯意，對不同作者每隔三天，重製其語文著作之情形。惟其侵害同一法益時，故毋待論；其侵害數法益時，須為性質相同之法益，始能認其具有連續關係²⁷。

有學說認為破壞一身專屬人格法益之犯罪行為，大多屬於重大

²³ 柯耀程，連續犯存廢爭議之思辯，法學論叢，第一六八期第四十二卷，1997.12，頁30。

²⁴ 甘添貴，同前註21，頁51-52。

²⁵ 甘添貴，同前註21，頁53。

²⁶ 最高法院86年度台上字第3295號刑事判例。

²⁷ 甘添貴，同前註21，頁53-54。



犯罪，若以連續行為破壞分屬數人之人格法益，更為社會各界所注目，而期待刑法重罰此等行為人。因此，應適度限縮連續犯之範圍，而採德國通說見解：多數行為所破壞之法益若係一身專屬法益，並且數個相同違反方式之個別行為乃係針對各個不同之法益持有人而違犯者，雖屬破壞相同法益，但亦不能成立連續犯。例如連續殺害數人，或連續對數人實行強制罪，均不能成立連續犯。蓋因個別行為所破壞之一身專屬法益，無論在行為不法、或結果不法，或犯罪行為之罪責內涵，均有所不同，而不宜在刑法評價上將這一連串之多數行為視為法之行為單數，而僅宣告一刑。但如數個侵害一身專屬法益之行為所侵害之客體，均為同一法益持有人時，例如 A 連續傷害 B 多次，則仍可成立連續犯²⁸。

（4）觸犯同一罪名

早期實務上見解認為，只要是「侵害法益性質相同」，即為「觸犯同一罪名」可成立連續犯，故強盜與恐嚇取財可成立連續犯。其後，司法院大法官釋字第一五二號解釋，認為前開認定之基準過寬，難以嚇阻犯罪，維持社會安寧秩序及刑罰之公平，將該判斷基準予以揚棄，而認為連續犯之數行為，以「觸犯構成要件相同之罪名」為要件，顯係對連續犯之成立，採從嚴認定之標準。其後，最高法院六十七年度第六次及第七次刑庭總會決議針對司法院大法官釋字第一五二號解釋，提出研究報告並在決議中表示連續犯之數行為，以「同一基本構成要件相同之罪名」為要件，諸如：各罪中如有既遂犯、未遂犯、預備犯、陰謀犯；單獨犯、共犯（包括教唆、幫助犯）；結合犯與其基礎之單一犯及基礎犯與加重條件犯或加

²⁸ 林山田，同前註 10，頁 324。



重結果犯者，仍得認係「同一罪名」而成立連續犯²⁹。

（二）小結

依照我國刑法修正前第五十六條規定：「**連續數行為**而犯同一罪名者，以一罪論。但得加重其刑之二分之一。」換言之，就是把原來屬於數個犯罪，視為一罪，再冠上「連續」的名稱而已。此種方式無異是鼓勵行為人有了一次犯罪行為後，可以一不做二不休，蠻幹到底，不管行為做了十次百次，反正只是一個罪，最多不過加重其刑至二分之一，有違刑法充分評價原則及刑罰公平原則，向來一直為學說所詬病³⁰。惟連續犯廢除後，仍有學說肯認「連續行為」在刑法實務上存在價值³¹。

二、接續犯

（一）定義

刑法並未明文規範「接續犯」之定義及範圍，國內學說認為行為人以同一性質之數次反覆行為，於利用同一機會，或在時間、場所極為接近之情況下接續實施，充足同一構成要件，侵害同一法益或同一被害人，而在事實上有不可分離之密切關係之情形，即為「接續犯」³²。即「接續犯」須具備之要件如下：

²⁹ 高金桂，同前註8，頁511-512。

³⁰ 張麗卿，新刑法探索，元照出版，2006.08，二版一刷，頁195-196。

³¹ 林山田教授認為在輕微的財產犯罪中，倘若不採連續行為的概念，並排除其適用的可能性時，則所有由同一行為人所違犯的多數犯罪行為，勢必需以實質競合加以處理，這將導致法官有時在定執行刑時的裁量範圍太過寬廣，而有恣意擅斷之虞，同時也可能發生罪與刑輕重失衡的現象。請見林山田，二〇〇五年刑法修正總評，元照出版，2007.05，初版一刷，頁12-13。

³² 洪福增，繼續犯與接續犯及與即成犯之狀態犯的區別，刑事法雜誌，第三十



- 1、數個接續行為在法律上係該當於同一犯罪構成要件。
- 2、數個行為係在同一時間及同一場所，即具備「時空密接性」。
- 3、同種類行為之反覆實施。
- 4、利用同一機會為之。
- 5、侵害同一法益或同一被害人。
- 6、基於單一犯意。

（二）接續犯與連續犯之區分

接續犯及連續犯之區分，倘純就彼此概念與要件觀之，二者間似涇渭分明，斷無加以混淆之虞。然而論者認為實務上連續犯要求主觀要件「概括犯意」，即最高法院 70 年台上字第 6296 號刑事判例所述「行為人之多次犯罪行為，須自始均在一個預定犯罪計畫內，出於主觀上始終同一犯意之進行，始為出於概括犯意」，此種意義下之概括犯意與單一犯意間有何差異，實非明確³³。其次，就客觀要件而言，行為人數個身體舉止間之時空密接程度，究於達何種緊密程度，始可認其係一行為，而介於接續犯與數罪併罰二者間之連續犯，其所要求之數個身體舉止間之緊密程度又係如何，亦無明確之標準。

學說有主張「同一機會」理論來作為區分接續犯及連續犯之標

卷第三期，1986.06，頁 51。

³³ 劉佳強，論連續犯規定廢除後之影響及因應，國防大學國防管理學院法律學研究所碩士論文，2006.06，頁 159。



準，認為行為人所實施之數個犯罪行為，如係對於同一法益為侵害時，其數個犯罪行為，屬於「同一機會」所實施者，無獨立評價之必要，應成立接續犯；如非屬「同一機會」所實施者，而具有「時空密接性者」，即有獨立評價之必要，得認為具有連續關係，應為連續犯³⁴。

最高法院 86 年臺上字第 3295 號刑事判例中針對偽造有價證券案件中就「連續犯」與「接續犯」之區分，認為：「連續犯之成立，除主觀上須基於一個概括之犯意外，客觀上須先後數行為，逐次實施而具連續性，侵害數個同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，構成同一之罪名，始足當之；如數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，則屬接續犯，而為包括之一罪。」然而，以「時間差距」作為判斷「接續犯」、「連續犯」之基準，過於含糊籠統，容易造成不同法官在個案上有不同的認定與解釋。例如：有的法院甚至認為行為持續**兩年多**，各行為之獨立性極為薄弱，也是持續行為（臺北地方法院 96 年度易字第 741 號刑事判決）。

本文認同接續犯與連續犯在概念上，單一犯意與概括犯意間有何差異，實非明確，難以有一個清楚的界線。例如：**同日連續非法散布他人五本語文著作之情形，其非法散布五本語文著作之五次動**

³⁴ 甘添貴，同前註 21，頁 53。



作，得認為係一個散布行為之五個密接舉動；亦得認係五次散布之行為，自始即概括地包含在一個非法散布之犯意之內。因此，一個概括之犯意，實質上與一個犯罪之決意，並無差別。即使，欲勉強解釋，應視行為過程中間有無「犯罪情緒脫離」之階段出現來作為判斷基準。若行為人行為過程中間有「犯罪情緒脫離」之階段出現，後續行為即非出於起初決意之決定，即非接續犯，而是連續犯。然而，如同前述最高法院 70 年台上字第 6296 號刑事判例就連續犯之「概括犯意」所稱：「行為人之多次犯罪行為，須自始均在一個預定犯罪計畫內，出於主觀上始終同一犯意之進行，始為出於概括犯意」，即顯然可見實務見解並不認為連續犯之行為過程中間有「犯罪情緒脫離」之階段出現。職是，以行為過程中間有無「犯罪情緒脫離」之階段出現來作為判斷「接續犯」、「連續犯」之基準，似不可行。

本文以為探究「接續犯」之本質，乃係對於同一法益造成侵害或危險。而「連續犯」其實施之連續數行為，不以侵害同一法益為限。是故，在個案中若行為人連續侵害數個同性質之法益時，縱使在時間、場所上甚為密接，至多亦僅能認其成立連續犯，而無成立接續犯之餘地。然而，若連續犯之數個行為侵害同一之法益時，因與接續犯所侵害之法益個數相同，二者即無從自侵害法益之個數予以區分，可藉由學者甘添貴之「同一機會」理論，來視行為人所實施之數個行為，是否具有密切關聯性而為決定。倘此數個行為，依「同一機會」理論，在時間、場所上甚為密接時，為接續犯；如非時間、場所上甚為密接時，則為連續犯³⁵。

³⁵ 甘添貴，罪數理論之研究，元照出版，2006.04，初版一刷，頁 77。



三、集合犯

集合犯之概念與連續犯同，客觀上均係行為人之行為該當數個犯罪構成要件，僅成立刑法上之一罪而受刑法單一評價之犯罪類型，故而須對集合犯之概念有所瞭解，始能在刑法評價上與連續犯明確加以區分。

（一）定義

刑法並未明文規範「集合犯」之定義及範圍，學說有認為所謂集合犯，乃在構成要件上，本即預定有複數之同種行為反覆實施之犯罪。此種犯罪，係行為人基於同一犯罪決意，利用同一犯罪機會實施相同構成要件之數個特定犯罪行為，且具有**反覆實施**之性質，而具有**侵害法益之同一性**，因而僅成立一罪。又「集合犯」之概念，並非刑法分則所定而具有抽象性質之犯罪類型，性質上，實屬於具體行為事實之犯罪類型，故此類犯罪在刑法分則立法時，本即具有反覆實施而侵害同一法益之性質，惟在具體個案適用上，則並非各次反覆實施之行為均得成立集合犯，仍須該個案具體事實符合構成要件上，本即預定有複數之同種行為反覆實施之要件³⁶。常見之案例，如刑法第一百九十六條收集偽幣罪之「收集」行為、刑法第二百三十五條散布猥褻物品罪之「散布」行為。

另有學說則認為出於多數行為之犯罪，基本上就應該是數罪併罰。但有時刑法分則本身對於某一犯罪類型的規定，長久以來在解釋上就已經把出現多數行為的過程涵攝在單一的犯罪構成要件之下。例如刑法第一百九十六條意圖供行使之用而收集偽造之通用貨

³⁶ 甘添貴，同上註，頁 63。



幣，按照一般解釋，其「收集」二字，本含有反覆為同一行為之意義，故行為人先後收集，交予他人販賣，其收集行為並無連續犯可言，論以單純一罪，這是依照法律本身之規定意旨在現實適用上之意義所使然³⁷。

（二）集合犯與連續犯、接續犯之區分

集合犯與連續犯、接續犯之區分，最主要在於上述學說所述「集合犯」之定義，即概念重心，在於依法律之解釋，得否明確清楚知悉立法者所制定法律構成要件之類型，是否具有「反覆實施之態樣」。若是依法律之解釋，可以明確清楚知悉立法者所制定法律構成要件之類型，是具有「反覆實施之態樣」，且行為人所實施之數個行為，其所侵害之法益，具有**法益侵害之同一性**，而非侵害數個法益，即為「集合犯」，而以一罪論處；反之，若無法明確清楚知悉立法者所制定法律構成要件之類型，則應視個案中行為人侵害法益之數量作為判斷「接續犯」、「連續犯」之基準。

論者有認為若以文義解釋之方式，尚無法明確知悉立法者究竟有無將「反覆實施之態樣」蘊含在構成要件內時，即應保守地認定該構成要件並非屬於「集合犯」之類型，以避免使集合犯之解釋變成游移不定，甚至將使其他本來非集合犯之構成要件，也變成集合犯之構成要件。反面言之，如以文義解釋之方式，無法明確知悉立法者究竟有無將該類型制定為集合犯，猶跳脫法規文義解釋之意涵外，以「日常生活經驗」之不確定概念，強加諸於本來中性之構成要件上，並進而認定是屬於集合犯型態之犯罪，即是對於構成要件概念作不確定之擴張，以不確定之概念作為認定犯罪類型之標準，

³⁷ 黃榮堅，同前註 18，頁 93-102。



極致地使用「集合犯」之概念，無異鼓勵行為人多多犯罪，而陷入「一罪是一罪、數罪還是一罪」之謬誤，不僅使「數罪併罰」原則崩解，比例原則所欲達到規制社會秩序之手段適當性，亦將受到嚴重之戕害³⁸。

四、包括一罪

最後，除「接續犯」及「集合犯」外，刪除刑法第五十六條連續犯之立法理由中論及實務運作上可參考德、日等國之經驗發展出「接續犯」或「包括一罪」之概念，故有必要對「包括一罪」之意義及其與連續犯間之區別加以探討。

(一) 定義

學說上「包括一罪」，雖係源自於日本學說上所發展出之概念，然其內容日本並未明確立法定義。學說認為所謂「包括一罪」，乃係指行為人基於一個意思決定，利用同一機會實施該當於同一構成要件之數個行為，而侵害同一法益³⁹。

學說另有認為從日本實務及學界之解釋觀之，「包括一罪」係指「有該當犯罪構成要件之數個行為，儘管有數個構成要件該當行為包括地予以評價，亦即以一個構成要件加以評價，而僅發生一個法律適用之結果。」之情形而言。至於包括一罪之種類大別有二，其一、數行為之外觀上數次該當同一構成要件，又稱「同質包括一罪」，例如：集合犯和狹義的包括一罪⁴⁰；其二、數行為之外觀上數

³⁸ 黃翰義，同前註7，頁207。

³⁹ 甘添貴，同前註35，頁58。

⁴⁰ 狹義的包括一罪包含了「構成要件上之包括一罪」（如：複行為犯）及接續犯等。也有學說認為狹義的包括一罪包含「連續犯」，請見川端博，刑法總論



次該當相異之構成要件，又稱「異質包括一罪」，例如：與罰前行為、與罰後行為等⁴¹。無論係屬於「同質包括一罪」，抑或是「異質包括一罪」，其均異於僅法條外觀上有競合關係之「法條競合」，其現實上有數個單純一罪且能適用數個法條，但仍然僅適用一個法條而為處斷⁴²。

（二）包括一罪與連續犯之區分

由上述學說對於「包括一罪」之定義可知，其概念具有多樣性，內涵並未十分明確，有不不論其所侵害之法益為一個抑或數個者，更有不計其該當之構成要件為一個抑或數個等。因此，對於「包括一罪」之定義，其界定頗為困難。日本曾欲就「包括一罪」明文加以規定，如日本改正刑法準備草案第七十一條規定：「觸犯同一罪名之數個行為，因日時及場所之近接、方法之類似、機會之同一、意思之繼續以及其他各行為間之密接行為，將其全體評價為一個行為係相當者，包括地以一個罪予以處斷。」此條規定，嗣因在判例見解尚未確定之狀況下，恐因立法化而有不當擴大其規範之虞，遂於改正刑法草案予以刪除⁴³。

因此，本文認為在「包括一罪」概念不甚明確之情況下，甚至部分學說認為狹義的包括一罪包含「連續犯」，顯示欲區分「包括一罪」與「連續犯」之間的適用關係，實有困難。

講義，成文堂，1995.11，初版，頁 611。

⁴¹ 團藤重光，刑法綱要總論，創文社，1990.06，頁 445。

⁴² 余振華，連續犯規定廢除後之因應與處理—以日本一九四七年廢除連續犯規定為借鏡，收錄於氏著，刑法深思·深思刑法，元照出版，2005.09，初版一刷，頁 179-180。

⁴³ 甘添貴，同前註 35，頁 51。



五、小結：

綜合以上敘述，本文茲比較連續犯、接續犯、集合犯概念之差異，列表如下：

	連續犯	接續犯	集合犯
犯意	實務：概括犯意 學說：整體故意	單一犯意	同一犯意
行為數	行為複數	法律上視為行為單數	法律上視為行為單數
時空密接性	實務：一般社會健全觀念，在時間差距上，可分開。 學說：須具備「時空密接性」。	同一時間及同一場所，即具備「時空密接性」。	多數說：無 少數說：同一犯罪機會
侵害法益個數	學說：限侵害性質相同之數個法益。 德國通說：多數行為所破壞之法益若係一身專屬法益，並且數個相同違反方式之個別行為乃係針對各個不同之法益持有人而違犯者，雖屬破壞相同法益，但亦不能成立連續犯。	同一法益	同一法益
被害人	數個	同一被害人	本文認為應限同一被害人



實現構成要件數	數個	一個	一個(因立法者所制定法律構成要件之類型,具有「反覆實施之態樣」)
罪數評價	數罪,但法律上擬制以一罪論。	充足同一構成要件,單純一罪。	原為數罪,但法律解釋上認為多數行為的過程涵攝在單一的犯罪構成要件之下,為單純一罪。

撇開「包括一罪」因概念多樣性而難以探究其本質不論,對於「連續犯」、「接續犯」及「集合犯」本質有所認知後,可以發現「接續犯」及「集合犯」均係為同一行為人之多數行為,在法律上視為「單一行為」,而於犯罪之評價上以一罪論處。而「連續犯」同樣在客觀上亦是同一行為人之多數行為,且其多數行為各自皆可依法律獨立評價,非視為「單一行為」,僅因刑法修正前第五十六條規定在犯罪之評價上以一罪論處,連續犯在本質上仍係「數罪」。倘無刑法修正前第五十六條規定,則該連續行為本應依「數罪併罰」來加以論處。刪除刑法第五十六條規定後,該連續行為並不會因為法律刪除,而產生質變,變成「單一行為」。因此,如依立法理由將本來即可獨立數次地充足犯罪構成要件之連續行為,以「單一行為」加以處理而適用單一之法律效果,不僅是推理之矛盾,亦顯然係對於侵害數次刑法法益之複數行為,未為完全之充分評價,將造成刑罰制裁功能降低,刑法維護社會秩序之機能亦將遭受嚴重貶損。

然而,因為事實上行為人主觀心態探知困難,客觀上之複數行為舉止,是否屬於「自然之行為單數」,抑或是「行為複數」認定



上顯有疑義，以致於部分本質上屬「自然之行為單數」，因為行為人主觀心態探知困難，或訴訟便宜經濟考量，不認為係「單一犯意」，而一同被認為係「概括犯意」納入「連續犯」之適用範圍。又依照我國刑法修正前第五十六條規定：「連續數行為而犯同一罪名者，以一罪論。但得加重其刑之二分之一。」，即明文規定法院可以自行裁量是否加重「其刑之二分之一」。在該條未刪除前，倘不對此種本應論以「自然之行為單數」而以一罪論處之犯罪事實，宣告其法定刑加重二分之一之刑罰，則其與「單純一罪」之法律效果實無差異，尚不致於對行為人產生明顯不利益；惟於連續犯廢除後，倘將其一併改以數罪併罰予以論處，則將其本僅成立一罪而應受之刑罰相比較，顯然對於行為人產生刑罰過重之情形，對於行為人造成嚴重之不利益。因此，就此部分之犯罪事實，自無當將其以數罪併罰予以論處之理，而應依其本質來論以一罪。

是故，連續犯刪除後，對於行為人連續行為在法律上評價方式，實無如立法理由所述可參考德、日等國之經驗發展出接續犯或包括一罪之概念，應當回歸連續犯的本質—數行為數次犯罪評價，以數罪併罰論處。

又行為人連續行為跨越九十五年七月一日修正刑法施行之時點，究應如何論罪？本文以下將介紹最高法院九十五年度第八次刑事庭會議決議及九十六年度第九次刑事庭會議決議對此之處理模式。

～未完待續～